

西南法理学重点学科研究项目书系
西南法理学经典研究文丛

经典中的法理



Jurisprudence in Classics

2010年第1卷（总第1卷）



主 编 付子堂
执行主编 胡兴建



图书馆



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

西南法理学重点学科研究项目书系
西南法理学经典研究文丛

D90-53
92
:1

经典中的法理



Jurisprudence in Classics

2010年第1卷（总第1卷）



主 编 付子堂
执行主编 胡兴建



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

图书在版编目(CIP)数据

经典中的法理. 第1卷/付子堂主编. —北京:法律出版社, 2010.3(2010.9重印)

ISBN 978-7-5118-0437-2

I. ①经… II. ①付… III. ①法理学—研究
IV. ①D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 027457 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/郭相宏

装帧设计/乔智炜

出版/法律出版社
总发行/中国法律图书有限公司
印刷/北京中科印刷有限公司

编辑统筹/法律教育出版分社
经销/新华书店
责任印制/张宇东

开本/787×960毫米 1/16
版本/2010年4月第1版

印张/21.25 字数/302千
印次/2010年9月第2次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-0437-2

定价:29.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

《经典中的法理》

学术委员会

顾 主 委	问:	张文显	邓正来	贺卫方	卓泽渊
	任:	付子堂			
	员:	张永和	文正邦	宋玉波	王 威
		周祖成	桑本谦	陈 锐	程志敏
		朱学平	姚荣茂	林国基	林国华
		林国荣	郑文龙	雷 勇	郭 忠
		赵树坤	王 任	王锐	陆幸福

总序

查士丁尼皇帝钦定的《法学阶梯》开宗明义：“正义是给予每个人他应得的部分的这种坚定而恒久的愿望。法学是关于神和人的事物的知识；是关于正义和非正义的科学。”〔1〕

然而，人世间最难认识的也莫过于“神和人”事、“正义和非正义”。尤其是，在历史的长河中，人被打上各种烙印，原初本性已然扭曲，本相尽失。一如立于海边的“格洛巨斯石像”，因浸泡海中，腐蚀和冲刷已使其肢体断离碎散，而海水退去留下的贝壳、海草以及沙石又覆盖其上，以至根本看不清其本来面目。不过，一些思想的勇者却凭借自己优异的禀赋和勤奋的努力，剥开覆盖在人之本相上的历史沉渣，并将其所见形诸文字，汇集成书，此即流传于世的“经典”。

可见，经典乃是人类思想的结晶，是伟大思想家、立法者给人类留下的一座座思想“富矿”，是人类不断获得启发的源泉。思想巨人总是以其高超的智慧，体察人类的情欲，洞悉复杂而深邃的人性。他们时刻关注着人类的幸福，他们提出的问题总是人需要面对的根本问题。因此，面对经典，即面对人自身；阅读经典，即认识人自己。这是思想、学术最初的冲动。深入经典，学术才有宽厚的基础；借助伟人的眼光，我们才能看得更远。学术之于经典，犹如树木之于大地，只有深深扎根大地，才能枝繁叶茂。

今天，“转型中国”之“转型”愈益明显，各种问题层出不穷，各种理论日新月异，林林总总，眼花缭乱，令人目不暇接。面对这种现状，我们

〔1〕〔罗马〕查士丁尼：《法学总论——法学阶梯》，张企泰译，商务印书馆1996年，第5页。

2 经典中的法理(第一卷)

如果浮躁焦虑、时髦跟风,而非戒骄戒躁、厚积薄发,那么将会迷失在各种问题中间而找不到答案,束缚自己于桎梏而寻不到出路。

究竟应到何处寻找定力,寻找那透视一切虚幻表面的锐利目光?经典!

问题再多,其实最终都指向人本身;时代在变,但人所面临的根本问题却始终永恒。经典之谓经典,就在于它们对这些根本问题做出了独特的回答。我们只有聆听这些回答,领会其精髓,才能透过当下这些繁复的表面,而抓住问题的根本。

为了推进扎实的学术研究,也为了给那些抱着“衣带渐宽终不悔,为伊消得人憔悴”的精神,甘坐冷板凳,深入典籍并让那些尘封的思想开释出新意义的学者们提供一个交流的平台,这是我们创立《经典中的法理》这一系列出版物的初衷。

“有朋自远方来,不亦说乎!”我们诚邀海内外有志于严肃研究的学术友人一起筑造这个平台,共同推进中国法理学学术的深度研究。如有赐稿,请惠寄 jingdianfali@163.com,我们将及时与您联系。

是为序。

付子堂

2010年元旦于重庆歌乐山下

本卷题旨

现代,是我们生活的时代,也应该是我们思考的起点。因此,我们将《经典中的法理》第一卷的主题拟定为“现代法律思想的发端与展开”。为了更好地展示这一主题,本卷分设了三个子专题:其一,发端与展开;其二,反思与出路;其三,碰撞与发端。

发展与开端。本专题选了三篇论文:“‘法律精神’的科学建构”、“‘契约社会’的阿基琉斯之踵”和“革命·法律·秩序”,分别讨论孟德斯鸠、卢梭和法国大革命。可以说,孟德斯鸠和卢梭代表着现代法律思想兴起时的两极,孟德斯鸠试图为现代自然法思想提供历史上的证成,所谓“我们应当用法律去阐明历史,用历史去阐明法律。”因而,在孟德斯鸠这里,现代法律思想不再仅有理论意义,还有了实践的可能,他所构建的“法律精神”体系可谓给现代人提供了一个法律图景,所选的这篇论文正是以孟德斯鸠的地理学说作为切入点探讨其法哲学的意义。卢梭是以启蒙阵营反对者的身份登场的,他在现代法律思想兴起的时候发现了它的不可能性,为此他东奔西突,试图找到新的出口和方向,其《社会契约论》的目的就是为现代人找到真正的自由,但是因为他对于“不可能性”的深深忧虑给“契约社会”也留下了挥之不去的阴影,所选的这篇论文正是对卢梭所构建的“契约社会”进行深入解读。无论现代自然法在思想家们的眼中是多么美好或多么不可能,这些都仅仅停留于思想之中,其对人到底有多大的意义还得看其落入实践中会怎样。可以说,“法国大革命”乃是现代自然法思想的一次重要检验和尝试,有积极的意义也有消极的后果,对它的解读无疑有助于进一步澄清理论中争论不休的诸多问题,所选的这篇论文正是从“革命与秩序”的角度对其进行探讨。

反思与出路。也有三篇论文:“韦伯的科层制理论及其合法性问题”、“权利正当性的后形而上学重建”和“德沃金的整体性法律阐释理论”,分别讨论韦伯、哈贝马斯和德沃金。如前所述,现代法律思想在兴起的开端就充满着争执和冲突,现代法律的价值和理想也并没有在一开始的时候就一劳永逸的确定下来,它需要我們不断地去反思批判,去寻找出路。因强调个体,强调个体的自由、权利和利益,现代法律逐渐演化成一种中立化的技术建构,构成一个共同体之基础的政治本质已然被掏空,韦伯正是在这种背景下展开对现代社会的观察与反思,所选的这篇论文正是通过探讨韦伯的科层制理论及其合法性的问题深入反思现代社会的本质。与韦伯不同,哈贝马斯并没有对现代社会所追求的权利产生根本的质疑,他所要做的是在后形而上学的语境中重新为权利奠基,所选的这篇论文正是通过批判性的反思哈贝马斯主体间性的权利理论,进而反思其中可能蕴藏的问题。如果说韦伯和哈贝马斯是从社会理论,甚至政治哲学的高度来探讨现代法律问题的话,那么,德沃金则是直接面对法律本身的时代难题。当法律越来越工具化,与人本身的关系越来越遥远的时候,德沃金坚决地将法律建立在“道德”和“权利”的基础上,发展出了一种本体论意义上的法理学理论,将法律作为人的本体性存在的一种表征,所选的这篇论文正是从德沃金法律思想的哲学基础出发论证德沃金对于法律本质的看法。

碰撞与发端。本卷遴选了一篇论文:“1898-1911:梁启超立宪思想的萌生与转变”,讨论梁启超的法律思想。正如有学者指出,“并没有与欧美的现代性绝然不同的中国的现代性,尽管中国的现代性具有历史的具体性。”可以说,在从传统走向现代这一点上欧美与中国没有根本区别,它们之间的区别在于中国法律思想的现代化是在外力催生下发端的,这种外力主要来自于欧美。在文化碰撞的时代,涌现出了一大批“开眼看世界”的“有识之士”,面对“三千年未有之大变局”,他们并没有退缩,而是义无反顾地投身到这种碰撞中去,试图为中国的法律思想找到新的方向,中国的法律思想也开始了现代化的历程。梁启超是这一碰撞中的杰出代表,对其思想的研究将有助于真正把握中国的现代法律思想,而这也正是我们最终追求的目标。

目录

Content

总序 /1

本卷题旨 /1

发端与展开

“法律精神”的科学建构

——孟德斯鸠地理学说的法哲学意义初探 石立元 /3

“契约社会”的阿喀琉斯之踵

——卢梭《社会契约论》的内在难题 胡兴建 /40

革命·法律·秩序

——对法国大革命的解读 王泳杰 /71

反思与出路

韦伯的科层制理论及其合法性问题

——思想史的谱系与中国语境 周尚君 /127

权利正当性的后形而上学重建

——哈贝马斯权利理论研究 王 恒 /169

德沃金的整体性法律阐释理论

邓 巍 /223

碰撞与发端

1898—1911:梁启超立宪思想的萌生与转变 杜旅军 /275

后记 付子堂 /323

发端与展开

“法律精神”的科学建构

——孟德斯鸠地理学说的法哲学意义初探

◇石立元

目 录

- 一、孟德斯鸠及其地理学说
- 二、解读孟德斯鸠地理学说的视角
 - (一)关于孟德斯鸠地理学说的一般理解
 - (二)一种具有法哲学意义的地理学说
- 三、理解孟德斯鸠地理学说的精神前提
 - (一)自然法观念及其本质
 - (二)从自然法向人为法的过渡
 - (三)法哲学的基本问题——法的本质
- 四、孟德斯鸠地理学说的政治立场
 - (一)孟德斯鸠地理学说的基本观点
 - (二)自然与人为法的相互关系:以奴隶制为例
 - (三)自然与人为法的一致性:自然是为人类的
- 五、一种特殊意义的法哲学

一、孟德斯鸠及其地理学说

孟德斯鸠(Montesquieu, 1689—1755)于1689年1月18日出生于波尔多附近的一个地方官家庭。1715年4月,他与加尔文教派的一位名叫拉尔蒂克的女子缔结良缘,这位贵族女子为孟德斯鸠带来了万贯嫁资,

这就为他以后出国考察提供了必要的资本。他凭借亲情获得了波尔多大法官一职和孟德斯鸠的爵衔。对于孟德斯鸠而言,丰厚的家业和显赫的官职的确是他赖以观察整体的必备的眼睛。对于某一些人来说,更重要的是获得一双眼睛,这种眼睛既不是我们常人的肉眼,也不是哲学家的纯洁的心灵,而是一种来自事物本性的观察冲动。在某种意义上说,正是因为孟德斯鸠的传奇经历,反倒使得他更关心国家的政治和法律制度,而后者从来不是莫基于人的灵魂,而毋宁是某一整体,人们需要找到一个制高点来观察这个整体。如果人们的确是来自这个整体,并能够从一开始就很少受到“污染”,那么人们的眼睛就决不仅仅是一双肉眼,而是一种观察的冲动。这种冲动来自于这个整体,来自于人的本性。我们在这篇文章中所看到的正是这种来自整体的眼睛,这双眼睛不仅仅看到了法国社会和罗马教会的腐化堕落(《波斯人信札》),而且看到了之所以产生如此堕落的根本原因(《罗马盛衰原因论》)。

如果说此前出版的两本著作,即《波斯人信札》和《罗马盛衰原因论》,都是他对所处的具体社会和历史进行观察的结果的话,那么1748年在瑞士日内瓦出版的《论法的精神》就是这双眼睛朝向自身的描述^[1]。因此,人们看到《论法的精神》一书的视域的阔大是前所未有的,它所谈论的范围不仅超越了时间和空间的限制,而且在人事的安排上给出了无数个判断,因此形成了一种“格言式篇章”的写作方法。至于这种写法所产生的广泛影响,在很多领域中我们都可以体会得到。杰出的军事理论家克劳塞维茨就曾对这种“简短的格言式的篇章”深有感触,认为“这一方面可以使得人从中得到许多启发,在另一方面它们本身已经确立了许多论点,因此会吸引那些才智高超的读者”。^[2]人们一般认为

[1] 在《论文学艺术》中,歌德这样评价孟德斯鸠的这些著作:孟德斯鸠最初通过他的《波斯人信札》而出名。这部作品由于其内容和对内容的处理产生了巨大的效果。作者善于利用感性刺激这种手段让他的民族注意那些最重要甚至是最危险的事实。这就相当清楚地预示了那种将会产生《论法的精神》的思想。但是,因为他在迈出这一步的时候,披上了一层薄薄的面纱,于是在他早已扔掉这块面纱之后,人们仍然根据那块面纱来评价他,并且似懂非懂地否定他有进一步的更大的成就。参见[德]歌德:《论文学艺术》,范大灿等译,上海:上海人民出版社2005年版,第161页。

[2] [德]克劳塞维茨:《战争论》,钮先钟译,桂林:广西师范大学出版社2004年版,第7页。

《论法的精神》是孟德斯鸠一生辛勤研究的最终成果,是他的理论总结,并且较之前两部著作,内容更丰富,体系更为完整和严密。更有甚者,认为这本书是亚里士多德(Aristotle,公元前384—322)以后第一本综合性的政治学著作。这些评论并不为过,只是人们的眼睛常常为表面上的繁华所累,因此就对抽象的整体关怀不抱什么希望和热忱。我们眼下的文章在某种意义上正是为了反驳这种做法而写的。

《论法的精神》主要涉及政体学说、三权分立学说、地理学说、经济理论以及宗教等。其中影响最大的应数其地理学说。在《规划——诗》中,R.蒂克尔说:在浏览了格老秀斯、布尔拉马吉、普芬道夫的著述而一无所获后,我读了孟德斯鸠的《论法的精神》一书的前十三章,也没有任何发现。但是,终于第十四章报偿了我的全部劳顿。《论法的精神》中的任何学说,都不如第十四章至第十九章提出的地理学说那样引人注目,那样令人称奇。比较严肃的作家和孟德斯鸠的一些学生,也把地理学说视为孟德斯鸠的精髓。英格兰的巴克尔、苏格兰的亚当·弗格森、法国的泰纳都被看作他的追随者^[3]。

就是这样一个著名的理论,人们对它的认识还不够深刻,甚至存在着种种误解。学者们通常认为,孟德斯鸠是地理环境决定论者的典型代表。我国出版的数本地理学辞典、哲学辞典以及社会科学辞典对“地理环境决定论”的词条阐述,几乎都把孟德斯鸠列为首要代表人物。在法学界,人们对这个问题的认识也不够深刻。人们一般认为:孟德斯鸠从地理环境的角度研究法律制度,并得出了许多荒谬的结论。他们对孟德斯鸠的观点(即主张家庭奴隶制、民事奴隶制以及政治奴隶制存在合理性)进行了猛烈的批判。本文认为这种对孟德斯鸠地理学说的通常理解有失肤浅。作为一个理智健全的作者,孟德斯鸠不可能没有认识到奴隶制度的弊端,他之所以主张奴隶制度的合理性有其深意。孟德斯鸠多次强调:对于这本集二十年心血的巨著,不要读一会儿就进行评论,不要对其中的几个片断加以赞许和非议,而应该从整本书理解其中的观点。因

[3] 参见[英]R.夏克尔顿:《孟德斯鸠评传》,刘明臣等译,北京:中国社会科学出版社1990年版,第371页。

此,笔者认为必须从《论法的精神》的整个理论框架出发,理解孟德斯鸠的地理学说。只有理解了《论法的精神》的写作意图,才能准确地理解其中的地理学说。

在本文中,笔者首先用来自《论法的精神》一书中的基本结论反驳了那些荒诞不经的对孟德斯鸠地理学说所作的解释。本文认为对孟德斯鸠的这些评价没有理解孟德斯鸠的深意。在这部分,细节性的讨论在整体的阐释中往往被省略了,这是因为笔者认为只要弄清楚孟德斯鸠的《论法的精神》的基本写作主题就可以了。在第二章,笔者通过推理论证上述论断绝不是仅仅从几个文本中获得的结论。笔者详细讨论了自然法及其向人为法的转换,详细讨论了“法的精神”的理论,认为“法的精神”所表现的是一种关于国家存在的学说或者是一种法哲学。在完成第二部分的论证之后,在第三部分我们讨论了孟德斯鸠的地理学说,并且梳理了其内在的逻辑理路。我们发现了这个部分的基本主题,即孟德斯鸠“只是叙述那些习惯的原由,而并不是为它们辩护”。因此,对于孟德斯鸠而言,只是指出了自然对人类产生影响的事实,而不是说自然决定了人类的活动。在本文的最后,笔者探寻了在上述的讨论过程中获得的东西的本质,这个本质就是我们所认可的孟德斯鸠地理学说的写作意图。本文认为,孟德斯鸠的地理学说所表达的乃是:地理环境是国家本质的一个部分,国家的本质应该与自然地理环境达成一致性。因此,对于孟德斯鸠而言,人的行为要符合自然的目的,而自然的目的使得人们生活在一个普遍的世界共同体中。自然作为一种事实,要求人为法符合它。正是在这个过程中,自然的存在成为一种为人类的存在。在这个意义上,孟德斯鸠的地理学说在法哲学研究中具有一种独立的存在价值,它的实质乃是指出了自然与政治共同体的一致性。这种一致乃是通过对理性所发现的法则来实现的,正是在这个意义上,本文认为法的精神或者法的本质乃是孟德斯鸠地理学说的真正基础。

本文采用了以大见小的写作方式。对于笔者而言,对象即《论法的精神》中的地理学表述是既定的存在。对于这个既定存在着的对象来说,重要的不是发现这个对象是什么,而是分析这个对象。因此,在这个过程中,我们所遵循的方法是矛盾律。引言中大量的叙述都是指向于孟

德斯鸠的整个写作和生活方式的,这也是为了更好地把握《论法的精神》的基本内涵。作为一个保留条款,笔者认为,人们已经习惯了以小见大的写作方式,可是如何可以从一个“小”中见到“大”呢?人们断言说这取决于人的眼光和知识的丰富性。可是,如果这一点是正确的话,那么这种以小见大的方式只是适合于那些博学者们,这种写作方式肯定不适合于笔者仅以阐明某一主题为目的的写作。

在“序言”中,孟德斯鸠表明他的目的在于“启迪人民”,从而使人们摒弃成见,即那些“使人们对自己愚昧无知的东西”。这种态度背后所隐藏的奥义正是柏拉图(Plato,公元前427—347)的走出洞穴的人们(即哲人)的那种使命感。在“著者的几点说明”中,这种使命感昭然若揭,他的目的正在于教导“政治美德”,教人作“政治上的善人”。由此可见,这一部集20年的心血巨著应该被视为一部政治哲学著作,这样的—个解释或许可以迎合施特劳斯的解读,或许就是孟德斯鸠“私下的居心”。

二、解读孟德斯鸠地理学说的视角

(一)关于孟德斯鸠地理学说的一般理解

在地理学界,人们一般把孟德斯鸠的地理学说归为人文地理学的范畴^{〔4〕}。孟德斯鸠几乎被公认为是“地理环境决定论”的典型代表。例如

〔4〕 人文地理学主要研究人地关系。所谓人地关系就是指人类与自然地理环境之间的相互作用与相互关系。首先,地理环境要素作为区位要素,将影响人类活动的空间定位与空间差异。人类活动的各个方面无不受到地理环境的影响,在空间定位上都要考虑与地理环境的关系,这些考虑包括是否适于在某地定位,定位时相关自然因素是否存在,甚至定位后可能在多大程度上对环境造成破坏等。关于人地关系的理论存在着如下几种学说:一、基于自然神学的目的论思想,认为造物主创造了有秩序的自然,人作为自然的一部分与自然有适应性,但是,人因具有创造能力而与其他自然物不同。二、自然控制的思想。最早形成于人类对自然力量的神秘和伟大而产生的敬畏心理,经过长期的文化积淀,表现为对无法解释的现象和力量的一种认可。三、人是大地主宰的思想,上帝创造了人和世界万物,并给人以特殊的地位,因此人有充分的权利利用和改变自然秩序。这一观点在近代工业主义思潮的推动下成为现实的实践活动,并发展成为征服自然的人地观。四、基于理性哲学思考的“地理环境决定论”思想。五、达尔文的进化论。这一思想通过流变、嫁接,在近代地理学产生了三种人地关系论:拉采尔的“环境决定论”、或然论的人地观以及适者生存的“适应论”。

我国出版的数本地理学辞典对“地理环境决定论”的词条阐述,几乎都把孟德斯鸠列为首要代表人物。“他(孟德斯鸠)认为,地理环境,特别是气候、土壤以及居住面积的大小对一个民族的性格、风俗、道德和精神面貌以及法律性质和政治制度,具有决定性的影响作用。”〔5〕在哲学界,人们同样把孟德斯鸠看作地理环境决定论者。“地理环境决定论是认为地理环境直接决定社会性质和社会发展的理论……主要代表人物是17世纪法国的启蒙思想家孟德斯鸠……地理环境决定论仅仅局限于探索人们周围的自然界在心理和生理方面对人的影响,完全忽视了社会发展自身的规律。”〔6〕

在法学领域,人们对孟德斯鸠地理学说的主流认识是:地理环境与法律之间的关系是一种影响与被影响的关系,而非决定与被决定的关系。他们认识到了孟德斯鸠的如下两个观点:首先,法律除了受地理环境影响外,还受其他各种因素的影响。人类受多种事物的支配,包括气候、宗教、法律、施政的准则、先例、风俗、习惯等。其次,各种因素对法律的影响程度是不同的。在一个国家里,当其中一个因素占了主导地位后,其他因素的作用就相应减弱了。自然条件和气候左右着未开化的人;礼仪规矩支配着中国人;法律束缚着日本人;道德过去曾经是拉栖第梦的基本信条;施政的准则及古老的习俗则是罗马的准则。〔7〕

应该说,上述对孟德斯鸠地理学说的认识不够深刻。首先,地理学界和哲学界的观点可能来源于《论法的精神》的部分章节,也就是说,他们可能没有认真地把《论法的精神》阅读完,而只是停留在著作的某一片段。因为,孟德斯鸠在著作中明确地论述了影响法律制度的多种自然因素和社会因素,并强调这些因素是共同作用于法律制度的。与地理学界和哲学界相比,法学界的认识要前进了许多,他们认识到了影响法律制度的多因性。但是,他们的观点一般也就到此为止了,他们没有进一步搞清楚孟德斯鸠为什么主张法律制度受地理环境的影响;也就是说,没

〔5〕 现代地理学辞典编委会:《现代地理学辞典》,北京:商务印书馆1990年版,转引自况光贤:《人文地理学》,北京:高等教育出版社1999年版,第120页。

〔6〕 哲学大辞典编委会:《哲学大辞典》(上),上海:辞书出版社2001年版,第264页。

〔7〕 参见张铭、张桂林:《孟德斯鸠评传》,北京:法律出版社1999年版,第245—246页。